

侵权损害完全赔偿原则之检讨

● 郑晓剑 *

【内容摘要】 为了实现侵权法的补偿功能,近代侵权法基于差额说构建了完全赔偿原则。据此,赔偿责任范围独立于行为人的过错程度,并在效果上呈现全有或全无的择一模式。但是,这种做法不免过于绝对和僵硬,完全漠视了行为人方面的自由价值,也难以妥当地保护受害人。因而,侵权法上突破这一原则的各项规则和制度逐渐产生。不过,这种零敲碎打式的修补并不能根除侵权损害完全赔偿原则的功能取向过于单一、价值选择有失均衡、法律效果有失妥当等痼疾。有鉴于此,强调价值评价统一、注重法律效果妥当性的比例责任在比较法上应运而生。根据比例责任原理之要求,法官在个案中需要综合考量责任构成中相关要素的满足度,并在此基础上作出整体评价,以合理地确定赔偿责任的范围。藉此,责任基础与责任效果在价值层面可以贯通,全有或全无的极端结果可以避免,而自由与安全、救济与预防、法的安定性与妥当性等诸项价值亦可得妥当协调。

【关键词】 侵权损害赔偿 完全赔偿原则 比例责任 全有全无

在我国民法典编纂的背景下,关于完全赔偿原则应否作为侵权法和损害赔偿法上的一项基本原则,民法学界存在两种截然对立的观点。赞成的学者主张,完全赔偿原则应当成为我国侵权法上关于损害赔偿的一项基础性原则;^[1]而反对的学者则认为,完全赔偿原则不应当也没有存在于当今真实的法律生活之中。^[2]前者持之有故,后者亦言之凿凿,一时间似难有定论。

放眼世界,除例如奥地利法与瑞士法等少数立法例之外,几乎所有的欧洲国家都遵循侵权损害完全赔偿原则。^[3]在美国,其侵权法上损害赔偿金的基本标准是使原告恢复至伤害前的状况所需的金钱,^[4]采用的是完全赔偿原则。在英国,学说上占主导地位的同样是完全赔偿原则,阿蒂亚就此指出:“过错犹如具有魔法一样,一旦加害人被认定有过错,就会陷入任由被害人宰割的境地。在一般情况下,过错的大小或过错导致后果的大小都是无关紧要的。被告因为过错而导致原告的损失,要对原告

* 作者单位:厦门大学法学院。本文系作者主持的 2016 年度国家社科基金项目(项目批准号:16CFX039)的成果,同时也得到国家留学基金资助。

[1] 参见周友军:《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》,《环球法律评论》2015 年第 2 期;程啸:《论未来我国民法典中损害赔偿法的体系构建与完善》,《法律科学》2015 年第 5 期。

[2] 参见叶金强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012 年第 1 期。

[3] 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社 2009 年版,第 271 页。

[4] 参见[美]小詹姆斯·A. 亨德森等:《美国侵权法:实体与程序》,王竹、丁海俊等译,北京大学出版社 2014 年版,第 535 页。

承担全部赔偿责任。”^[5]因此,完全赔偿原则构成不同国家法律秩序中损害法的一项基本原则。^[6]

尽管我国现行法并没有明确规定完全赔偿原则,但是民法学界普遍认为侵权法采纳了这一原则。^[7]乍一看,讨论完全赔偿原则在我国侵权法上的地位似显多余,答案似乎早已明朗,然而,事实是否果真如此呢?正如看似平静的水面之下往往暗流涌动,完全赔偿原则虽然在两大法系得到广泛的承认,但是其在逻辑、价值、伦理基础和法律效果等方面均存在诸多难以克服的局限,因而突破这一原则的诸多制度和规则如雨后春笋般发展起来。在现代社会,随着人们的价值取向日益多元和某些具有社会敏感性的侵权案件不断涌现(如因轻微过失所引发的天价赔偿案),将完全赔偿原则奉为圭臬的做法是否妥当也在比较法上引起了人们的讨论和反思。

将近二十年前,冯·巴尔(von Bar)教授在经过深入的比较法分析后就已明确指出:“现今所有的欧洲法律秩序都是从完全赔偿原则出发,但是没有哪个国家在一切结果上僵硬地遵循这一原则;如今欧洲法律界讨论的首要问题是,是否偏离完全赔偿原则,以及对其作何种偏离是公正且合理的。”^[8]目前,欧洲私法一体化进程大大加快,作为其标志性成果之一的《欧洲侵权法原则》就明确抛弃了过于僵化的完全赔偿原则,而完全采纳了动态体系论的基本思想,主张对损害赔偿效果予以弹性地确定。^[9]当今侵权法领域的权威学者库齐奥(又译为“考茨欧”)教授在其最新完成的侵权法著作中更是明确指出:“实际上,长期以来在很多重要的领域,侵权责任法已经摒弃了此种原则(即完全赔偿原则)。如果仍然固守此种原则,则会贻笑大方。”^[10]由是观之,在比较法上完全赔偿原则的基础性地位早已发生了根本的动摇。

一、侵权损害完全赔偿原则之理论基础

所谓完全赔偿原则(das Prinzip der Totalreparation),即“损害赔偿责任不因赔偿义务人为故意或过失而有不同,只要归责要件具备加害人即应全部赔偿;反之,若不具备归责要件,则无赔偿义务。”^[11]由于完全赔偿原则的适用结果要么是行为人全赔,要么是其全不赔,二者必居其一。因此,其也被称为“全有或全无原则”(Alles oder Nichts Prinzip)。^[12]自1804年《法国民法典》第1149条率先确立完全赔偿原则以来,^[13]迄今几乎所有的欧洲国家都采纳了这一原则。^[14]

“损害赔偿的限度取决于损害赔偿法所追求的目标。”^[15]完全赔偿原则在侵权法上的确立是贯彻侵权法补偿功能的结果。克茨(Kötz)与瓦格纳(Wagner)指出,补偿功能或赔偿功能是侵权法上最为

[5] [澳]彼得·凯恩:《阿蒂亚论事故、赔偿及法律》,王仰光等译,中国人民大学出版社2008年版,第182页。

[6] Vgl. Wolfgang Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, Mohr Siebeck 2003, S. 242.

[7] 参见张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2013年版,第83页;王利明:《侵权责任法研究》上卷,中国人民大学出版社2011年版,第618页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第143~144页。

[8] Vgl. Christian von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Zweiter Band, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999, S. 155.

[9] 参见欧洲侵权法小组编著:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,中文本序,第1~4页。

[10] [奥]海尔蒙特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题》第1卷,朱岩译,北京大学出版社2017年版,第13页。

[11] 杨佳元:《侵权行为损害赔偿赔偿责任研究:以过失责任为重心》,元照出版公司2007年版,第103页。

[12] Vgl. Stephan Gregor, Das Bereicherungsverbot: Ausdruck der Trennung von Schaden und Haftung, Mohr Siebeck 2012, S. 2.

[13] 《法国民法典》第1149条规定了债务人因不履行债务而应对债权人承担的损害赔偿的范围,包括所受损失和所失利益两部分,因而确立了契约法上的完全赔偿原则。虽然该第1149条被规定在有关契约的篇章中,但是法国相关司法判例实际上也是将其作为处理侵权损害赔偿的一项基本原则,参见张民安:《法国现代侵权责任制度研究》,法律出版社2007年版,第153~154页。

[14] 同前注[9],欧洲侵权法小组编著书,第210~211页。

[15] 同前注[3],马格努斯主编书,第267页。

重要的一项目的。^[16]补偿意味着要填平受害人所遭受的全部损害,使其恢复到如同损害未发生时的状态;补偿意味着损害赔偿法所关注的视角并不是行为人,而是受害人;^[17]补偿也意味着损害赔偿法所关心的不是行为人的过错程度,而是受害人遭受了多大的损害。因此,布吕格迈耶尔(Brügemeier)指出,完全赔偿原则之基础就在于补偿思想。^[18]

侵权法不仅以补偿功能作为基本的价值取向,还通过一系列的制度建构确保这一功能的实现。洛舍尔德斯(Looschelders)指出:“补偿功能的核心意义在于其对损害法的建构有着具体的作用。在此存在完全赔偿原则的内在根由,即加害人必须赔偿其以可归责的方式所引起的全部损害。因此,损害赔偿数额应以受害人所遭受的损失为导向,而非(加害人的)过错程度。”^[19]由于行为人的过错程度对于损害赔偿范围的确定不发生影响,因此,完全赔偿就有实现的现实可能性,而责任基础与责任效果之间的区分亦由此奠定。

为何损害赔偿的范围不取决于行为人的过错程度?传统观点认为,这是由民法与刑法的功能区分所致:“按民刑分立乃为现行法之特色,民事责任主要目的在于填补损害,刑事责任则以制裁为中心。”^[20]制裁的特点在于责任的轻重与行为人的过错程度相挂钩,过错程度越重,责任越大,反之亦然。而填补损害则意味着只要受害人有损害,行为人就需要填补,责任的范围取决于损害的范围,因而与行为人的过错程度无关。“不予关注过错和承担侵权责任的关联性,正是侵权法比刑法更为重视对受害人保护的一种体现。”^[21]民法不能为了惩罚目的要求具有严重过失的行为人承担损害赔偿义务,而使轻过失的行为人免于承担此种义务。^[22]因此,在侵权法上,最轻的过失所承担的损害赔偿责任范围与故意侵权相同。^[23]只要行为人有过错,不论其过错程度如何,都需要对受害人所遭受的损害承担完全的赔偿责任。这是因为“完全补偿所有的损失,不仅是公平补偿的需要,也是责任法与损害赔偿法规范功能的支柱”。^[24]

在《德国民法典》制定前后,关于损害赔偿责任的范围能否取决于行为人的过错程度,学界存在激烈的争论。一些著名的学者对此持肯定态度,如耶林(Jhering)认为:“这种观点很肤浅。如果过错和损害得到证明,那么完全的损害赔偿义务就是不言而喻的。但这是一种谬论(Trugschluss),而且极其危险。……过错的程度决定了责任的范围。”^[25]1794年《普鲁士普通邦法》和1811年《奥地利普通民法典》也都规定了责任范围取决于过错程度的原则。^[26]不过,《德国民法典》的制定者最终否定了这种观点和做法,而是“通过‘去意识形态化’的方式,防止过错与赔偿义务之间发生联结。法典的制定者们希望以此驱逐民法所存在的惩罚思想”。^[27]

无独有偶,在《日本民法典》的制定过程中也发生了类似的争论。在法典论战之后,日本民法重

[16] Vgl. Hein Kötz, Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2016, S. 29.

[17] Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1987, S. 424.

[18] Vgl. Gert Brügemeier, Haftungsrecht, Verlag Springer 2006, S. 555.

[19] Vgl. Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2006, S. 354.

[20] 同前注[11],杨佳元书,第104页。

[21] 同前注[5],凯恩书,第184页。

[22] Vgl. Hermann Lange, Gottfried Schieman, Schadensersatz, 3. Aufl., Mohr Siebeck 2003, S. 13.

[23] 同前注[18], Gert Brügemeier书,第555页。

[24] [德]格哈德·瓦格纳:《损害赔偿法的未来》,王程芳译,中国法制出版社2012年版,第33页。

[25] Vgl. Rudolf von Jhering, Schuldmoment im römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth 1867, S. 55-56.

[26] 同前注[18], Gert Brügemeier书,第556页。

[27] Vgl. Friederike Schatka, Die Europäisierung der Abschlussprüferhaftung, Mohr Siebeck 2012, S. 251.

新起草。作为日本新民法起草者之一的穗积陈重在法典调查会的一次答疑中指出:所谓损害赔偿应该以债权人的状态来衡量,若以故意或者过失的程度为标准,本应以债权人的原有状态为标准,却以债务人当时的状态为标准,这是何等可笑的事情;因为承担损害赔偿不是基于惩罚或惩戒的目的,而是为了恢复债权人原有的状态。^[28]由此,《日本民法典》基于补偿思想确认了完全赔偿原则。

传统侵权法将补偿作为其首要功能,并以此为基础建构了完全赔偿原则。补偿意味着对损害之填补既不能过度,也不能不足。因此,传统侵权法在坚持完全赔偿原则的同时,一方面确立了禁止得利原则(Bereicherungsverbot),^[29]防止受害人因损害事件的发生而获得超过其实际损失的收益;另一方面也反对惩罚性赔偿,认为这样会将惩罚或制裁功能引入民法,从而混淆民法与刑法在功能上的区分和界限。同时,为了确保补偿功能之实现,传统侵权法还将责任基础与责任承担之间的区分作为制度构造的一项基本原则。^[30]由于责任承担只取决于损害的范围,而与责任基础无关,如此就最大限度地排除了法官在责任范围的确定上进行价值判断和自由裁量的可能。因此,有学者明确指出,区分原则(Trennungsprinzip)的意义在于追求法的安定性。^[31]

由是观之,完全赔偿原则的本意在于实现侵权法的补偿功能,填补受害人的损害,那么,这是否意味着受害人在任何情况下都能够得到完全的救济,而行为人在责任成立的情况下都要承担完全赔偿之责任呢?回答显然是否定的。事实上,随着完全赔偿原则的建立,各种偏离和突破这一原则的规则和制度也先后在侵权法上得以确立,其目的是弥补完全赔偿原则因过于强调形式正义所造成的实质妥当性的缺失,缓和可能由此产生的极端情况。

二、对侵权损害完全赔偿原则之突破

如前所述,完全赔偿原则在适用中贯彻责任基础与责任效果相区分之原则,完全排除行为人的过错程度对于责任范围的影响,在法律后果上呈现全有或全无的择一模式。教条化地遵守完全赔偿原则可能会造成极不妥当的结果。因此,对完全赔偿原则之突破实乃势所必然。下文将从过失相抵、最高额赔偿、非物质损害赔偿、衡平责任和责任减轻条款等五个方面展开探讨。^[32]

(一) 过失相抵

过失相抵是指当受害人对于损害的发生或者扩大有过错时,行为人所负有的赔偿责任将依法得以减免,其是在过错责任领域内对完全赔偿原则所作的一项重要突破。过失相抵规则的基础是公平原则,即当受害人因可归责于自己的方式参与了损害的发生或扩大时,如果要求加害人赔偿全部损害将不公平。^[33]此外,诚信原则也是其得以构建的一项重要理论依据。根据诚信原则的要求,自己的过错自己承担,不能让他人承担因自己的过错所造成的那部分损害。这样,基于公平思想和各负其责的

[28] 参见[日]圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,第11~12页。

[29] 同前注[22], Hermann Lange、Gottfried Schiemann 书,第10页。

[30] 同前注[18], Gert Brüggemeier 书,第555页。

[31] 同前注[27], Friederike Schattka 书,第251页。

[32] 在英美法系国家或地区的损害赔偿法体系中,除了补偿性损害赔偿,还存在惩罚性损害赔偿,其主要适用于侵害行为极其恶劣和行为人的主观恶性较强的场合。不过,在欧洲私法一体化的进程中,欧洲学者几乎一致反对引进英美法上的惩罚性损害赔偿制度。《欧洲侵权法原则》第10:101条的评注者马格努斯教授明确指出:“本《原则》承认损害赔偿法的预防目的,但明确不承认惩罚性目的,其方式是不提及这一目的。虽然有时很难区分预防目的和惩罚目的,但是本《原则》不许可惩罚性赔偿,因为这种赔偿明显使受害人的实际损害与赔偿不成比例,其唯一的目的在于通过民事赔偿制裁违法者。”同前注[9],欧洲侵权法小组编著书,第208页。

[33] Vgl. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 19. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010, S. 304.

诚信要求,过失相抵规则在比较法上获得了普遍确立。^[34]

如前所述,完全赔偿原则的适用只取决于受害人的损害,而不是行为人的过错程度。这种做法的伦理基础在于,“无论侵权行为人的可责难性多么轻微,只要受害人根本没有可责难之处,就没有理由不要求被告作出全部赔偿。重要的不是侵权行为人的可责难性的轻重,而是受害人根本没有可责难之处。”^[35]以填补损害之名要求行为人承担完全的赔偿责任往往具有道德上的优势,可以在一定程度上抵消人们对于完全赔偿原则过于严苛的指责。然而,这一切都是以受害人没有任何过错为前提的。受害人的不可归责性从伦理层面赋予了要求行为人对损害承担完全赔偿责任的正当性。^[36]

不过,在行为人与受害人对于损害的发生或扩大具有混合过错的情况下,如果仍然恪守完全赔偿原则,势必产生难以接受之结果。因为“无论是要加害人全部赔偿,还是完全拒绝受害人的赔偿请求权,都是不公平的”。^[37]此时,破除完全赔偿原则的桎梏就具有了充分的妥当性。于是,过失相抵规则应运而生,其通过对行为人与受害人双方的过错大小及原因力比例的权衡合理地确定责任的有无及其范围,有助于实现法律的实质公平,^[38]从而为突破完全赔偿原则的局限性提供了可能。

(二)最高额赔偿

19世纪以来,随着科技的进步,大量具有危险性的设备、工具被广泛地应用于生产与生活之中。这在便利生活的同时也使人们遭受损害的风险大大增加。一方面,人类社会要发展与进步,必须允许这些危险的存在和运转;另一方面,因危险发生而遭受损失的受害人必须获得法律上的救济。因此,作为“允许从事一项危险行为的合理的平衡”,^[39]危险责任得以产生,并与过错归责共同构成了侵权法上的双轨制归责体系。^[40]由于危险责任并不是对不法行为承担责任,^[41]因此,危险责任的相关立法在便利受害人求偿的同时,也必须考虑到行为人所从事的高度危险活动所具有的重大社会意义。为此所采取的一个策略就是对行为人的责任设定一个最高限额。

“最高限额并不是严格责任的固有的特点”,^[42]不过,在比较法上,大部分的危险责任立法对相关责任的最高限额均有规定。这是因为“在过错责任统治下的传统侵权法体系中,让立法者以及具有经济强势的企业接受无过错的危险责任的代价,就是将其责任范围限定在可以预见到的范围内。危险责任的最高限额在一定程度上弥补了‘无过错’的严厉性”。^[43]因此,在立法对某种类型的特殊危险规定了最高责任限额的情况下,相关的受害人并不能根据自身所遭受的实际损害要求完全的赔偿。这样,完全赔偿原则在最高额赔偿领域内完全失去了作用空间。^[44]

在完全赔偿原则之下,责任范围的大小取决于受害人所遭受的损害,考量因素单一,而最高额赔

[34] 参见[德]U. 马格努斯、[西]M. 马丁·卡萨尔斯主编:《侵权法的统一:共同过失》,叶名怡、陈鑫译,法律出版社2009年版,第366页。

[35] [澳]彼得·凯恩:《侵权法解剖》,汪志刚译,北京大学出版社2010年版,第124页。

[36] 当然,对于仅具有轻微过失的行为人而言,要求其承担完全赔偿责任是否也具有伦理上的正当性不无疑问,容后再述。

[37] 程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第589页。

[38] 参见郑晓剑:《侵权责任能力与过失相抵规则之适用》,《法学》2014年第10期。

[39] Vgl. Maximilian Fuchs, Deliktsrecht, 7. Aufl., Verlag Springer 2009, S. 233.

[40] Vgl. Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, J. C. B. Mohr, Tübingen 2003, S. 33.

[41] Vgl. Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2009, S. 3.

[42] [奥]伯恩哈德·A. 科赫、[奥]赫尔默特·考茨欧主编:《侵权法的统一:严格责任》,管洪彦译,法律出版社2012年版,第196页。

[43] [德]布吕格迈耶尔、朱岩:《中国侵权责任法学者建议稿及其立法理由》,北京大学出版社2009年版,第118页。

[44] 同前注[12], Stephan Gregor 书,第3页。

偿则体现了救济受害人和维持高度危险活动正常开展之间的复杂平衡。冯·巴尔指出,完全赔偿原则只存留于过错责任中,危险责任的相关法制在出发点上就没有遵循这一原则。^[45]因为如果要求完全赔偿受害人的损失,可能使行为人不得不放弃那些有益于整个社会却具有危险性的事业,其结果显非妥当。

(三)非物质损害赔偿

通说认为,侵权法上的损害概念不仅包括物质损失,还包括非物质损失。^[46]因此,德国民法学界的主流观点认为,《德国民法典》第249条第1款蕴含了这样一项基本原则,即赔偿义务人应当使受害人恢复至如同损害事件没有发生时的状态,这个原则对财产损害和非财产损害均适用。^[47]不过,恰恰在这一点上,《德国民法典》的立法者和民法学者前后矛盾、进退失据。《德国民法典》第249条规定了损害赔偿的方式,其第1款规定了恢复原状,第2款规定了价值赔偿,这构成了完全赔偿的两种形式。^[48]要实现完全赔偿,首先必须确定损害。在此,蒙森(Mommsen)于1855年创设的差额说(Differenzhypothese)产生了支配性影响。

根据《德国民法典》第249条之规定,损害是作为两种状态之差额而存在。也就是说,须通过比较现在的状况与(假设)没有损害事件发生时的状况确定损害。^[49]如果通过比较发现两种状况之间存在差额,那么损害即可确定。根据差额说确定损害,存在一项没有明言的前提,那就是人们必须将两个可比较的状态理解为财产状况,并首先将其评价为金钱,因为人们只能从同种类的量之间计算出差额。^[50]但是,非物质损害不同于财产损害,其并不能被计算成一项金钱价值的损失。^[51]非物质损害主要体现为人的精神上的创伤和痛苦,而这并不能用金钱进行量化评价。“精神损害赔偿的最大特点就在于精神损害不具有可计算性。”^[52]既然不能加以量化和比较,那么恢复原状和价值赔偿等方法自然就失去了用武之地。因为这两种损害赔偿方法的适用前提是通过两种状态的比较确定损害。故而,以补偿思想为基础的完全赔偿原则以及作为其实施前提的差额说,在非物质损害领域内完全无法发挥作用。

原本人们认为《德国民法典》第249条所确立的完全赔偿原则对财产损害和非财产损害均可适用,但是,逻辑贯彻的结果却表明其只对财产损害奏效。《德国民法典》的立法者和民法学者对这种矛盾心知肚明。为此,他们通过各种途径突破完全赔偿原则的局限,为非物质损害的救济提供规范依据和理论支持。《德国民法典》的立法者在第249条之外专门规定了第253条(原第847条)对非物质损害进行有限的救济。^[53]同时考虑到对非物质损害进行完全赔偿并不可能,而完全坚守责任基础与责任效果之间的区分于此亦不甚妥,因此,法律使用的是“公平的赔偿”(billigen Entschädigung)之表述,这就打破了要件与效果相区分的原则,过错程度亦可对损害赔偿范围发生影响。学者认为,在理论上

[45] 同前注[8], Christian von Bar 书,第155页。

[46] 同前注[19], Dirk Looschelders 书,第357页。

[47] Vgl. Dieter Schwab, Martin Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 17. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2007, S. 159.

[48] 同前注[8], Christian von Bar 书,第155页。

[49] Vgl. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2011, S. 299.

[50] 同前注[33], Dieter Medicus, Stephan Lorenz 书,第304页。

[51] 同前注[17], Karl Larenz 书,第475页。

[52] 朱岩:《侵权责任法通论·总论》,法律出版社2011年版,第176页。

[53] 需要说明的是,2002年德国债法修改时将原本属于侵权行为章节的《德国民法典》第847条前移至债总部分的第253条,并对其内容进行了修改和完善。

对慰抚金请求权应适用特别的原则,其不仅具有补偿功能,也具有慰抚功能。基于这个理由,在确定慰抚金数额时必须考虑所有应予考量的案件情况,例如过错程度和当事人之间的经济状况。^[54]

当然,德国侵权法对补偿思想和完全赔偿原则进行了较为彻底的贯彻,这就决定了突破这种价值取向和制度设计的非物质损害赔偿立法及其制度构造不可能是彻底的。2002年德国债法修改前的原《德国民法典》第847条规定,只有对于身体、健康和自由的侵害,受害人方可请求公正的非物质损害赔偿。除此之外,一律适用《德国民法典》第249条所规定的、以差额说为前提的完全赔偿原则。损害概念的不统一、差额说的局限、完全赔偿原则的“不完全”在此均显露无疑。为了回避上述矛盾,支持完全赔偿原则的学者干脆主张:“完全赔偿原则只适用于财产损害赔偿,而不适用于精神损害赔偿。”^[55]不过,瓦格纳教授指出:“一个完整的涉及损害概念的差额假说,只有同样涉及非财产损害时才能经得起推敲。”^[56]因为一项无法为物质损害和非物质损害提供统一说明基础的理论和原则是经不起推敲的,也是站不住脚的。

(四) 衡平责任

在传统民法上,除了过错责任、危险责任,还有所谓的“衡平责任”(Billigkeitshaftung)。不过,衡平责任并不能单独作为一项责任基础而发挥作用,其只是侵权责任能力制度的一项配套措施和补充措施。也就是说,在过错责任原则下,行为人具有侵权责任能力是其承担损害赔偿义务的基础,如果行为人欠缺这种能力,在个案中就无需再审查其是否具有过错。^[57]因此,在一般情况下,欠缺责任能力可以作为过错侵权责任的一项免责事由而发挥作用。^[58]不过,这一免责事由的存在并不能完全且自动地免除行为人的责任。^[59]此时,欠缺责任能力的行为人可能仍然需要承担一定的衡平责任。

衡平责任只有在根据责任能力制度无法判定行为人负有过错责任,但是基于社会公平观念又不得不要求行为人承担一定的责任时,方可例外地得以适用。梅迪库斯指出:“侵权法上规定衡平责任的理由在于,无责任能力人也可能拥有财产并能自由地参与社会生活与经济往来,因此,如果这些有财产的无责任能力人在实施了侵害行为后,每次都能以欠缺责任能力为由逃脱责任,在没有其他损害填补途径的情况下,对于受害人的利益保护来说,上述做法就显得很不合适了。《德国民法典》第829条填补了这个漏洞。”^[60]冯·巴尔也指出:“在无责任能力人致害的情况下,如果受害人十分贫穷,而行为人虽无责任能力(如未成年)但十分富有,于此情形下,社会公平观念往往倾向于实现损害的特别移转,即将损害从受害人转由无过错的行为人承担,如今,这一规则为众多欧洲国家的法律所认同。”^[61]

衡平责任系根据社会公平观念确定责任归属,其理论依据乃富人责任、法律道德化与分配正义,^[62]这就决定了其责任基础较具弹性和不确定性,在适用上具有例外性和补充性。在行为人承担衡平责任的情况下,赔偿的范围和种类不是取决于受害人的损害,而是基于公平之权衡

[54] 同前注[19], Dirk Looschelders 书,第394页。

[55] 同前注[1],周友军文。

[56] 同前注[24],瓦格纳书,第16页。

[57] Vgl. Karl Larenz, Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2004, S. 117-118.

[58] Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck Kurzkommentare, Band 7, 70. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2011, S. 1301.

[59] 同前注[41], Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens 书,第63页。

[60] Vgl. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, Schuldrecht II -Besonder Teil, 15. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010, S. 434.

[61] Vgl. Christian von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Erster Band, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1996, S. 92.

[62] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第401页。

(Billigkeitsabwägungen)。^[63]法官在进行权衡时首先需要考察当事人的财产状况,同时需要考虑侵害的方式和严重性、当事人的社会地位和当事人之间的关系等内容。^[64]由此,行为人所承担的衡平责任就有全部存在、部分存在或者根本不存在等诸种可能。^[65]显然,衡平责任的适用结果迥异于完全赔偿原则下行为人要么承担全部责任、要么没有任何责任的择一模式,因而对后者构成了重大突破。

(五) 责任减轻条款

在比较法上,对于完全赔偿原则的突破不仅局限于上述几种具体情况,有的国家(地区)还在立法上专门规定了减轻行为人赔偿责任的一般条款。根据所依据理由的不同,这类责任减轻条款大抵可分为两类,一类是基于公平考量而减轻行为人的赔偿责任,一类是基于维持生计的考量而减轻行为人的赔偿责任。前者如《葡萄牙民法典》第494条的规定:“责任因过失而生者,得按衡平原则以低于所生损害之金额定出损害赔偿,只要按行为人之过错程度、行为人与受害人之经济状况及有关事件之其他情况认为此属合理者。”^[66]后者如我国台湾地区所谓“民法”第218条的规定:“损害非因故意或重大过失所致者,如其赔偿致赔偿义务人之生计有重大影响时,法院得减轻其赔偿金额。”

完全赔偿原则将目光完全聚焦于受害人,不考虑行为人方面的过错程度与经济状况,容易产生极端后果。即便存在一些突破,也会受到具体适用条件的限制,难以在更大范围内克服完全赔偿原则的弊端。但是,根据责任减轻条款,当要求行为人承担完全赔偿责任并不公平,或者对其生计有重大影响时,法官可依职权减轻其所负担的赔偿金额,从而可在更大范围内克服完全赔偿原则的形式教条,有助于实现实质正义。因此,冯·巴尔指出,此种责任减轻条款是完全赔偿原则的真正例外,也是所有斯堪的纳维亚国家损害赔偿法的典型特征;这样,法官在确定赔偿额方面拥有极大的自由裁量权,也取得了良好的成效。^[67]在比较法上,相关的侵权法草案也对其作出了明确规定。例如,《欧洲侵权法原则》第10:401条规定:“在例外情形,根据当事人的经济状况,全部赔偿将对被告形成难以忍受的负担时,损害赔偿可以减缩。判断是否减缩损害赔偿,尤其要根据责任基础、该利益的保护范围和损害的大小。”^[68]又如,《欧洲统一私法共同参考框架草案》第6:202条规定:“如果损害不是故意引起的,完全责任与引起损害一方的责任或损害的程度或预防损害的方法是不成比例的,在公平和合理的前提下,一方可以免除全部或部分赔偿责任。”^[69]

三、侵权损害完全赔偿原则之批判

完全赔偿原则的产生有其历史原因,在救济受害人方面发挥了一定的功能,但是在逻辑和价值上也存在诸多不足。尽管有诸种规则和制度对这一原则予以突破,但是,这种零敲碎打式的修补并不能从根本上克服完全赔偿原则所存在的功能取向过于单一、价值选择有失均衡、法律效果有失妥当等缺陷。固守这一原则已经难以妥当应对价值多元化的社会现实和某些特殊类型侵权案件的需求。

[63] 同前注[8], Christian von Bar 书,第155页。

[64] Vgl. Josef Esser, Hans-Leo Weyers, Schuldrecht Band II -Besonder Teil-Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, S. 176.

[65] 同前注[41], Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens 书,第63页。

[66] 《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版,第87页。

[67] 同前注[8], Christian von Bar 书,第157页。

[68] 同前注[9],欧洲侵权法小组编著书,第16页。

[69] 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔:《欧洲〈共同参考框架草案〉及其第六编“合同外责任”》,朱岩译,《法学家》2009年第4期。

(一) 完全赔偿原则在价值选择上有失均衡

侵权法是一套规定将损害转由行为人承担的条件以及为他人设定社会风险分配机制以实现行为风险之具体分配的专门程序,^[70]其作用于由行为人与受害人组成的双边结构,二者背后的自由与安全之价值处于一种紧张的对峙关系。由于这两种利益都处于受保护的基本权地位(Grundrechtsposition),^[71]因此,侵权法的主要任务就在于如何协调法益保护与行为自由之间的紧张关系,^[72]尽量使二者的冲突最小化。^[73]但是,根据完全赔偿原则,行为人的过错程度对于责任效果并无影响,哪怕仅仅出于最轻微的过失,也可能要对一项百万计的损害承担完全责任。^[74]也就是说,只要受害人受到损害,行为人就必须作出完全赔偿,而不论这种结果是否公平以及是否会对行为人的生计造成严重影响。完全赔偿原则对于行为人方面的自由价值之漠视由此可见一斑。

“侵权行为法必须照顾到受害人的权利和利益与加害人的利益之间的均衡。”^[75]侵权法规范必须符合比例性地干预加害人的一般行为自由。^[76]但是,根据完全赔偿原则,“行为人若无过失,不承担任何责任,稍有过失,即承担全部责任,无过失与轻微过失一线之隔,却轻重失衡”。^[77]故意与过失之间的道德责难性本不相同,而无过失与轻微过失之间又仅一线之隔,但是前者的法律效果完全相同,后者却是天差地别。完全赔偿原则对于自由与安全价值的协调难称妥适。卡纳里斯(Canaris)指出,在加害人因损害赔偿义务而可能陷入破产的情形,存在“禁止过度”(Übermaßverbot)的宪法问题。^[78]而只有当侵权法重视“禁止过度”时,其才能作为一个有意义的和公正的损害赔偿体系运行。^[79]

本来,责任基础是损害赔偿义务发生的前提,责任基础的充实程度应当对责任范围产生影响。不过,传统民法为了实现对受害人的补偿功能,建构了要件与效果相区分的原则,以排除过错程度对责任范围的影响。但是,在实践中,这种影响无法得到绝对的排除。例如,在行为人的过错程度非常轻微,而要求其承担完全赔偿责任并不公平的场合,法官可通过降低过失判断标准的方式认定行为人没有过失,从而不构成侵权,也可通过否定部分损害与行为之间具有相当因果关系的方式对责任量进行一定的调整。不过,这种在个案中通过对要件的操作协调自由价值与安全价值之间紧张关系的做法,其

[70] 同前注[18], Gert Brüggemeier 书,第39页。

[71] Vgl. Michael Kittner, Schuldrecht, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen GmbH 2002, S. 377.

[72] 同前注[39], Maximilian Fuchs 书,第3页。

[73] 参见[美]沃伦·A. 西维:《侵权法的原则》,李俊译,《哈佛法律评论:侵权法学精粹》,徐爱国组织编译,法律出版社2005年版,第36页。

[74] Vgl. Christiane Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, Mohr Siebeck 2015, S. 156.

[75] [日]星野英一:《民法典中的侵权行为法体系展望》,渠涛译,《法学家》2009年第2期。

[76] Vgl. Annina Schramm, Haftung für Tötung, Mohr Siebeck 2010, S. 302.

[77] 徐银波:《论侵权损害完全赔偿原则之缓和》,《法商研究》2013年第3期。

[78] Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften, Band 1: Rechtstheorie, Verlag Walter de Gruyter 2012, S. 683-684. 需要指出的是,在德国法学界,“禁止过度”是“比例原则”(der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)的同义词,其以特有的“手段—目的”之关联性作为分析工具,强调对基本权利的干预手段与其所追求的目的之间必须相称,禁止逾越实现目的所必要的程度对他人的权利和自由进行过度干预。否则,这种目的就不具有合法性与正当性,从而不值得继续追求。目前,在比较法上比例原则已经成为一项具有宪法位阶的基本法律原则,并在私法领域具有广泛的作用空间。(参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》,《中国法学》2016年第2期;郑晓剑:《比例原则在现代民法体系中的地位》,《法律科学》2017年第6期。)具体就本文而言,如果仅仅为了充分救济受害人(目的),而让一个承担责任后可能陷入破产的加害人承担完全赔偿之责任(手段),则手段与目的之间在效果上显非均衡,从而有违禁止过度的宪法要求。此时,完全赔偿原则的合理性就有可检讨的余地。

[79] 同前注[8], Christian von Bar 书,第2页。

有效性在很大程度上取决于法官的专业素养和对法律精神的精准把握,因而并不可靠。如何维护行人的自由,尤其是仅具轻微过失的行为人的自由,始终是完全赔偿原则所面临的一个难题。

有学者认为,这一问题可通过责任保险的方式加以解决,而不应就此否认完全赔偿原则存在的价值或必要性。如梅迪库斯认为,潜在的加害人为了避免承担赔偿责任之风险而投保,在此基础上保险人基于这种责任保险代替加害人满足受害人的求偿要求;这种解决办法既可使加害人免于承担不可预见的风险,也可以帮助受害人。^[80]不过,完全寄希望于这种方法并不现实:风险无处不在,损害随时可能发生,每一个行为都可能侵害他人的权益,生活于社会中的每个人都是潜在的加害人,要求其所有的行为购买责任保险既不现实,更不可能。

即便侵权行为人幸运地购买了相应的责任保险,其能否全面覆盖受害人的损害也不无问题。例如,在高速公路上一个极小的疏忽都可能引发导致多人伤亡和重大财产损害的事故,但仅仅对一名截瘫患者就需要筹措 50 万欧元的资金,而一名普通收入者的所得可能还不够支付这笔资金的利息。^[81]在行为人所承担的高额损害赔偿范围与责任保险的理赔范围之间可能存在巨大的差距,行为人的行为自由和人格发展自由所需的物质基础仍然可能受到极大的限制乃至剥夺。此时,仍需要协调“受害人在责任保险理赔范围之外仍然享有赔偿请求权与加害人面临经济上崩溃乃至破产的生存需要的矛盾”。^[82]

福克斯(Fuchs)指出,责任法的任务是建立社会化的法治国家和保障个体的生存,这就决定了不能只考虑受害人方面的情况,还必须考虑加害人因赔偿损害而承担的后果。^[83]受害人当然需要获得充分的保护和救济,但这不是以无条件地牺牲行为人的自由为代价的。否则,侵权法将会损害其所调整的私法主体,并最终摧毁其所属的司法体系。^[84]完全赔偿原则之所以能够适用至今,并为众多的法律秩序所规定,并不是因为其价值选择多么优越,制度设计多么精巧,而恰恰是因为其过于极端的价值选择,迫使人们发展出了诸如可赔偿性损害理论、规范目的说、相当因果关系说等不同的理论学说对其进行纠偏,并且认可这一原则的任何一个法律秩序均通过一定的手段和方法对其进行了突破。^[85]可以说,纯粹的完全赔偿原则只存在于人们的想象中,在实践中运行的、经各种限制手段过滤后的完全赔偿原则早已“面目全非”。

(二)完全赔偿原则在逻辑上有欠周全

如前所述,补偿思想是完全赔偿原则得以构建的价值基础,而差额说则是完全赔偿原则得以贯彻的逻辑前提。在完全赔偿原则之下,“损害赔偿的目的在于使受害人获得完全赔偿。这意味着受害人遭受的实际损害都应得到赔偿,但受害人也不能因此得到利益”。^[86]然而,在实践中这一原则的贯彻结果却是受害人所遭受的全部损害并非都能得到完全的赔偿,而且受害人也可能因此得到一定的利益(如非物质损害赔偿)。所以,完全赔偿原则在逻辑上并不周全,存在众多难以自圆其说之处。

具体而言,要实现侵权法的补偿功能,首先需要确定受害人遭受了多大的损害。如前所述,损害之确定主要依据的是差额说,即将没有赔偿义务事件存在时的假设状态与现在真实存在的状态相比

[80] 同前注[33], Dieter Medicus、Stephan Lorenz 书,第 300 页。

[81] 同前注[33], Dieter Medicus、Stephan Lorenz 书,第 299 页。

[82] 同前注[43], 布吕格迈耶尔、朱岩书,第 161 页。

[83] 同前注[39], Maximilian Fuchs 书,第 6 页。

[84] 同前注[8], Christian von Bar 书,第 3 页。

[85] Vgl. Tilman Finkbeiner, Die Minderung der Schadensersatzpflicht im Europa, Universitätsverlag Göttingen 2006, S. 40.

[86] 同前注[9], 欧洲侵权法小组编著书,第 215 页。

较,由受害人负担的差值(Unterschied)即为损害。^[87]这是一种自然损害论的观点,其着眼于受害人的财产状况在事实上的变化,将损害理解为利益的任何非自愿的损失。^[88]通过两种状态之间的比较,只要确定受害人遭受了非自愿的损失,无论该损失是直接损失还是间接损失,也不论该损失是否可以预见,行为人均负有完全赔偿之责任。

但是,这样一来,损害的范围就难以妥当限定,行为人的责任范围难免会无边无际。于是,对自然损害论进行修正、强调损害判断中价值因素的思想开始发展起来,这就是所谓的规范损害论。损害具有自然的和法律上的双重意义的观点日益具有影响力。^[89]洛舍尔德斯指出,自然的损害概念只是思考的出发点,其也可能受到规范性的修正(normativen Korrekturen),因此,出于规范性的理由,特定的损失也可能不被认为是具有可赔偿性的损害。^[90]

规范损害论的提出和可赔偿性损害理论的发展,在一定程度上克服了完全赔偿原则过于僵化的弊端。在个案中,法官可通过损害之认定隐秘地对自由与安全等价值进行必要的权衡。不过,这样一来,完全赔偿原则就多少显得有些“名不副实”,即以“完全赔偿”之名行“部分赔偿”之实。曾世雄教授就此指出:“赔偿全部损害之制度,不易实行。因为一损害可能牵连引发其他无数之损害,其结果,则赔偿数额或将过巨,故如严格执行赔偿全部损害之原则,则人将惶惶而不敢有所为,盖恐一不小心,过失造成损害事故,而走向破产。”^[91]

根据侵权法的补偿功能,受害人理应得到完全的赔偿,从而恢复至如同损害未发生时的状态,但实际结果却是受害人只能得到部分赔偿。甚至在受害人遭受非物质损害的情况下,如果严格贯彻完全赔偿原则,那么受害人可能根本得不到任何赔偿。本为救济受害人的完全赔偿原则却成为受害人求偿的最大障碍。这无疑是一种莫大的讽刺。如前所述,完全赔偿原则需仰赖差额说的配合方能运转,而差额说在非物质损害领域却完全失灵,因非物质损害在范围和数量上均不能用金钱加以计算,^[92]这就决定了通过两种状态的比较确定损害的方法无法奏效。非物质损害赔偿制度在德国法上的长期不发达即根源于此。

虽然根据差额说无法妥当解决非物质损害的保护问题,但是《德国民法典》的立法者“明知不可而为之”,在第249条之外专门规定了第253条(原第847条)对非物质损害进行有限的救济。不过,问题亦随之而来,既然“受害人所遭受的精神痛苦因为与财产的增加和减少没有直接的关系而不属于损害的范畴”,^[93]那么受害人根据《德国民法典》第253条所取得的非物质损害赔偿就会与禁止得利原则相抵触而缺乏正当性,因为受害人的精神痛苦并不是财产损害。^[94]但是,受害人的精神痛苦又确实存在救济之必要。在此,因贯彻完全赔偿原则所引起的逻辑与价值之间的纠结、立法与理论之间的抵牾均显露无疑。

(三)完全赔偿原则在功能上有失全面

凯恩(Cane)指出,民法的一个核心特征是“双边性”或者“相关性”,即“民法是以‘一对一’为基

[87] 同前注[33], Dieter Medicus、Stephan Lorenz 书,第304页。

[88] 同前注[49], Hans Brox、Wolf-Dietrich Walker 书,第299页。

[89] 同前注[17], Karl Larenz 书,第426页。

[90] 同前注[19], Dirk Looschelders 书,第357页。

[91] 曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第25页。

[92] 同前注[47], Dieter Schwab、Martin Löhnig 书,第162页。

[93] 李承亮:《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009年第3期。

[94] 同前注[24], 瓦格纳书,第18页。

础来组织个体之间的关系的”。^[95]侵权法典型地体现了此种“双边性”,受害人通常只能向行为人求偿,行为人通常也只对受害人进行赔偿;行为人要发展自己的人格,需要有一定的自由行为的空间,而受害人则要求法律对自身被侵害的权益提供更周密的保护,以更好地维护自身的安全。侵权法的任务就在于协调这种双边性结构所产生的张力,使其处于一种大致平衡的状态。但是,完全赔偿原则因受制于单纯的补偿功能,拒绝将行为人方面的相关因素纳入考量范围,使得这种双边性结构有失均衡,难谓合理。

在损害赔偿范围的确定上只考虑受害人方面的情况,不可避免地会引发两个问题:其一,对仅具轻微过失的行为人保护不足;其二,对具有故意的行为人预防不足。前文对第一个问题已有探讨。第二个问题则涉及惩罚性赔偿在大陆法系侵权法体系中的定位。根据责任基础与责任效果相区分的原则,即使行为人在实施侵权行为时出于故意或重大恶意,也只是对受害人所遭受的实际损害承担完全赔偿责任。因此,在行为人具有雄厚财力的情况下,完全赔偿原则根本不能对其实施的这种反社会行为构成有效的制约。故而,英美法上发展出了惩罚性赔偿制度。

惩罚性赔偿制度“旨在惩罚特别可耻的行为”,^[96]因而其理念在于惩罚和威慑。“惩罚或报应的理念是让被告为其不当行为付出相应的代价是公平的。威慑则完全不同,其目的是要求被告作出足够的赔偿从而防止不当行为再次发生。……因为被告的活动通常具有营利性,甚至在支付赔偿性损害赔偿金以后,被告依然能够保留收益。”^[97]由于惩罚性赔偿制度在功能和适用上迥异于一般的损害赔偿,而且一旦认定行为人负有惩罚性赔偿责任,那么受害人将会获得远远超出其实际损失的赔偿金,这就突破了传统侵权法为了实现补偿功能和贯彻完全赔偿原则所进行的相关制度设计。因此,将惩罚性赔偿引入欧洲侵权法体系的观点遭到了欧洲民法学者的一致反对。例如,考茨欧教授认为:“在侵权法下授予惩罚性赔偿金违背了刑法和私法之间的分离,这种分离被认为是现代法律文化的一项成就。倒退到惩罚与赔偿那种古老的混合,也违背了现代惩罚性法律的基本原则。”^[98]

不过,这种观点似乎经不起推敲。如果说判决超过实际损害的赔偿属于惩罚性赔偿因而应予拒绝,那么非物质损害赔偿似乎更应加以拒绝,根据差额说,非物质损害并不是真正意义上的损害,而且非物质损害赔偿的数额需要根据诸如所感受到的痛苦程度、加害人的财产状况以及过错程度等因素确定。^[99]这就从根本上突破了完全赔偿原则和禁止得利原则的约束,打破了责任基础与责任效果相区分的原则。既然立法可以认可非物质损害赔偿,那么便没有理由不认可惩罚性赔偿。因此,欧洲学者反对惩罚性赔偿的深层理由并不在于私法的赔偿功能与刑法的惩罚功能可能发生混淆,而是担心由此对基于补偿思想和完全赔偿原则而构建的相关规则和制度予以彻底重构。

因而,值得进一步反思的问题是,补偿功能是否为侵权法的唯一功能。回答显然是否定的。基于侵权法的双边性结构,侵权法除了具有对受害人的补偿功能外,还应对行为人发挥一定的预防功能。因为“侵权法在补偿损害的同时,兼有行为调节的意义”,^[100]也就是说,行为人通过承担侵权责任至少

[95] 同前注[35],凯恩书,第13页。

[96] 同前注[4],亨德森等书,第591页。

[97] [美]丹·B.多布斯:《侵权法》下册,马静、李昊等译,中国政法大学出版社2014年版,第918页。

[98] [奥]赫尔默特·考茨欧、[奥]瓦内萨·威尔科克斯主编:《惩罚性赔偿金:普通法与大陆法的视角》,窦海阳译,中国法制出版社2012年版,第383页。

[99] 同前注[47],Dieter Schwab、Martin Löhnig书,第162页。

[100] 张谷:《作为救济法的侵权法,也是自由保障法》,《暨南学报》2009年第2期。

会对其今后的行为方式产生影响,促使其以后在从事同类行为时提高注意程度以避免侵害他人权益。然而,根据完全赔偿原则,行为人的过错程度对于损害赔偿范围不发生任何影响,最严重的故意与最轻微的过失所承担的责任后果完全相同。只要能够填补受害人所遭受的损害,不论行为人的过错程度,也不论行为人事事实上能否承担或者是否再犯。问题在于这是否符合人们的正义观和法感情。对此,邱聪智教授指出:“故意与主观过失之归责根源截然不同,其道义非难性差异又极大,视其法律效果完全相同,不符法律之正义要求。”^[101]因此,惩罚性赔偿制度有其存在的必要性及合理性,而如何保护仅有轻微过失的行为人,对于完全赔偿原则而言始终是一个无解之难题。

(四)完全赔偿原则在效果上有失妥当

布吕格迈耶尔指出,19世纪私法的发展系受以下三种支配性思潮影响的结果,即潘德克顿法学之法律概念体系化的民法学、作为理性法的自然法思想和德意志唯心主义哲学的责任伦理、经济自由主义下的个人主义行为逻辑。^[102]完全赔偿原则将责任基础与责任后果相分离,这就是由19世纪的潘德克顿法学完成的。^[103]而由于要件与效果相区分,损害赔偿范围不受责任基础的影响。效果是否发生,端赖要件是否具备:要件具备,效果自动产生,行为人须负完全赔偿责任;要件不具备,效果也不产生,行为人不负任何责任。如此,法官在责任范围上的自由裁量空间便被排除,法的安定性得以实现。^[104]全有或全无之效果体现了对法官的不信任和对量化责任安排的抗拒,于此体现了近代法上追求形式理性、形式正义的概念法学的深刻影响。^[105]

本来,责任基础是损害赔偿义务发生的前提。其中,过错的判断、因果关系的认定均有典型的程度之维,其充分程度应当对责任范围产生影响。不过,传统民法为了实现对受害人的补偿功能,建构了要件与效果相区分的原则和全有或全无的择一效果模式,排除了法官的自由裁量权。这种做法虽可确保法的安定性,却无法实现法的妥当性。梁慧星教授指出:“现代民法在价值取向上,由取向安定性转变为取向具体案件判决的社会妥当性。”^[106]在具体案件中,若全面贯彻完全赔偿原则的择一效果模式,有可能产生极不妥当的结果,而这在有关机会损失的案件中体现得尤为明显。

在侵权法上,机会丧失的案型所要解决的主要问题是,“某行为致人损害,从而使其丧失了改善现状的机会,但在损害发生时,该机会尚不确定,则该机会丧失本身是否可获得赔偿。”^[107]对此,多伊奇(Deutsch)教授曾列举一则真实案例:一名小学生从树上摔落,伤及自己的左腕骨;他原本有25%的治愈可能,但是由于医方过失延误治疗,使其留下了终身残疾。审理本案的法院认可了受害人享有25%的残疾损害赔偿请求权。多伊奇教授认为,根据德国的相关司法,本案只有全赔或者全不赔两种结果:如果延误治疗是一项重大错误,那么就由医生证明即使治疗无错误,损害仍会发生,这样病人通常都能得到完全的赔偿,因为医生通常不能提出这样的证据;如果延误治疗不被视为重大错误,那么就由病人承担证明责任,其通常都会败诉。^[108]

[101] 邱聪智:《从侵权行为归责原理之变动论危险责任之构成》,中国人民大学出版社2006年版,第322页。

[102] Vgl. Gert Brüggemeier, Deliktsrecht, 1. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft 1986, S. 43.

[103] 同前注[27], Friederike Schattka书,第251页。

[104] 同前注[22], Hermann Lange, Gottfried Schiemann书,第10页。

[105] 同前注[2], 叶金强文。

[106] 梁慧星:《从近代民法到现代民法》,《中外法学》1997年第2期。

[107] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[德]乌里希·德罗布尼希主编:《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》,吴越、王洪等译,法律出版社2007年版,第73页。

[108] 同前注[41], Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens书,第193页。

关于如何证明损害与延误治疗之间的因果关系,德国法采取的是有条件的举证责任倒置的模式,即只有在延误治疗是出于医生的重大错误之时才采取举证责任倒置,这也是目前大多数国家的做法。不过,这种做法的实效性诚有疑问。因为举证责任倒置仅仅意味着在存在因果关系疑问时,由行为人为人负责,而这种由完全不负责任到承担全部责任的唐突转变实际上并未改变什么。^[109]在机会损失的情况下,仅仅依靠转换证明责任的方式并不能从根本上解决问题。因为机会损失的百分比从1%到99%之间均有可能,而最终的责任后果却只有0%和100%两个极端。机会损失理论承认机会损失本身是一项值得救济的损失,但是受害人只能在一定的比例范围内才能获得相应的赔偿。“由于机会丧失的赔偿对应于其发生的概率,从而避免了因概率确定上的细微差别而导致完全相异的极端处理结果。”^[110]因为不考虑相关的概率,最终的责任后果无论是全有还是全无,都不可能是公正合理的。“人为阻断责任基础饱满程度的影响,将效果限于全有或全无的择一选择中,必将大面积地制造个案非正义。”^[111]

此外,在因受害人特殊体质(如“蛋壳脑袋”)所引发的损害特别巨大的赔偿案件以及某些因果关系难以确切证明的案件中,适用过于形式化和僵化的完全赔偿原则也难以取得妥当的法律效果。一方面,在受害人具有特殊体质的场合,行为人在与其交往时稍有不慎就可能招致异常严重的损害后果,一律要求行为人承担完全赔偿责任,无疑会破坏合理的社会信赖,毁灭人的生存;^[112]另一方面,在某些因果关系难以证明的案件中,受害人基于专业知识有限或距离证据较远等原因,往往难以成功举证,如果严格适用完全赔偿原则,无疑等于拒绝对受害人提供法律上的救济。因此,在比较法上,一些能够确保产生妥当结果的法律措施开始在完全赔偿原则之外发展起来,其中就包括日益重要的比例责任,容后详述。

四、比例责任之引入

为了实现侵权法的补偿功能,填补受害人的损害,近代侵权法根据差额说构建了完全赔偿原则。据此,责任范围独立于行为人的过错程度,并在效果上呈现全有或全无的择一模式,法官在损害赔偿范围上的自由裁量空间被排除。但是,这种做法过于绝对和僵硬,完全漠视了行为人方面的自由价值,也难以妥当地保护受害人。因此,各种突破这一原则的规则和制度在侵权法上逐渐产生:在完全赔偿原则内部,规范损害说、规范目的说、相当因果关系说等学说日益取得影响力,其背后的价值基础就在于如何将赔偿责任限定在一个较为妥当的范围之内;在完全赔偿原则外部,过失相抵、非物质损害赔偿、最高额赔偿、惩罚性赔偿、衡平责任乃至具有一般条款性质的责任减轻条款等规则和制度如雨后春笋般发展起来。在个案中,法官通过对要件的把握也在实质上进行隐秘的价值裁量。种种迹象表明,完全赔偿原则绝非实现侵权法的利益协调功能和妥当的损害赔偿效果的最优选择,而纯粹的完全赔偿原则也只存在于人们的想象中。库齐奥(又译为“考茨欧”)教授认为:“避免适用‘要么全有、要么全无’赔偿原则,通常情况下也应当是更为公平的。”^[113]

事实上,完全赔偿原则并非近代民法确定损害赔偿的唯一原则。布吕格迈耶尔指出,在完全赔偿

[109] [奥]海尔蒙特·库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

[110] 同前注[10],库齐奥书,第154页。

[111] 同前注[2],叶金强文。

[112] 关于“蛋壳脑袋规则”之合理性的最新探讨,参见孙鹏:《“蛋壳脑袋”规则之反思与解构》,《中国法学》2017年第1期。

[113] [奥]海尔蒙特·库齐奥:《损害赔偿法的重新构建:欧洲经验与欧洲趋势》,朱岩译,《法学家》2009年第3期。

原则之外,还存在一项自然法上的原则,即过错程度与责任范围之间应当符合比例的原则,其见诸于1794年《普鲁士普通邦法》和1811年《奥地利普通民法典》等受自然法影响的法典。^[114]例如,1811年《奥地利普通民法典》第1324条规定:“在基于故意或重大过失而造成他人损害的情形,受害人有权请求完全赔偿;在其他情形,受害人仅有权请求积极损害的赔偿。在法律中仅出现一般的表述‘赔偿’的情形,应当依据本条的规定判断究竟承担何种类型的赔偿责任。”^[115]1912年《瑞士债法典》紧随其后,其第43条第1款更是直接规定:“损害赔偿的方法和范围,由法院裁判之,法院为裁判时,应衡量发生损害的具体情况及其过错程度。”^[116]

虽然奥地利法和瑞士法均将行为人的过错与其所负责任相关联,但是二者仍有不同。奥地利法是“建立在特定的损害类型划分和过错程度分级基础上的,损害类型单一、过错要件满足度单一,这使得其同样会有僵化的风险”,^[117]而瑞士法则更为精致和弹性。在个案中,瑞士法官在确定实际的损害赔偿额时,“不仅要考虑过错程度,还应考虑其他因素,而其他因素在何种程度上影响最终的实际赔偿额确定,由法官裁量决定”。^[118]由于法官可综合考量过错程度和相关因素对损害赔偿范围进行更为灵活的确定,如此,比例责任就得以构建起来。

与完全赔偿原则相比,比例责任的优越性在于责任基础的充分程度直接决定了损害赔偿的范围,从而避免了完全赔偿原则将责任效果独立于责任基础所产生的价值上的断裂和自相矛盾,而公开承认法官在责任范围确定上的自由裁量权,在确保实现裁判结果妥当性的同时,也在更高的程度上实现了法的安定性。因为“在没有公开此种裁判背后所隐藏的考量情况下控制责任的认定,较之于公开法庭采取此种裁判可以并必须公开论证的折中方案,对于法律安全以及裁判的可预见性,前者应当更加有害”。^[119]

根据比例责任原理认定损害赔偿的范围是自然正义的基本要求,即具有多大的过错,就应承担多大的责任,责任范围大于或者小于过错程度的范围都是不正义的。当然,其他因素也会对责任范围的确定产生影响,如利益的受保护程度、因果关系盖然性程度、行为的方式及效益、风险的开启与控制、损害分散的可能性等,但是最基本的考量因素还是过错程度。法官在对这些责任构成要素进行综合考量的基础上最终确定损害赔偿的范围。如果行为人的过错程度严重、被侵害利益的受保护度高,因果关系盖然性程度也很高,而受害人方面没有任何可归责性,那么可以认定行为人负有完全赔偿责任。如果行为人的过错程度非常轻微、被侵害利益的受保护度较弱,也可以认定行为人没有责任。在这两者之间法官可以根据责任基础的充分程度合理地确定行为人的责任范围。这样一来,就可有效地避免完全赔偿原则仅仅因为细微的区别就摇摆于全部赔偿与完全不赔偿之间所引发的公平正义问题。^[120]

不仅如此,在前述的机会损失案件、因果关系难以证明的特定侵权案件中,比例责任亦可妥当地发挥作用:只要确定了相关机会存在的概率,或者确定了因果关系存在的盖然性程度,即可在此基础上

[114] 同前注[18], Gert Brüggemeier 书,第556页。

[115] 《奥地利普通民法典》,周友军、杨堪红译,清华大学出版社2013年版,第219页。

[116] 《瑞士债务法》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第18页。

[117] 同前注[2],叶金强文。

[118] [瑞]海茵茨·雷伊:《瑞士侵权责任法》,贺栩栩译,中国政法大学出版社2015年版,第110页。

[119] 同前注[113],库齐奥文。

[120] 同前注[113],库齐奥文。

上综合考量其他因素确定行为人的责任范围。此际,过错是责任成立的基础之一,但不是责任权衡的中心因素。因为过错的严重程度与损害的发生及其大小之间往往并不具有正相关性,例如“轻微或普通治疗过失也可能导致健康损害,而重大治疗过失不是必然造成损害”。^{〔121〕}当然,如果行为人主观上存在故意或者重大过失,此时要求其承担较大比例的损害赔偿甚至全部的损害赔偿责任就具有了合理性。无论如何,于此适用完全赔偿原则是不妥当的:只有在因果关系被绝对证明或者有足够的证据证明因果关系成立的情况下,受害人才可获得完全赔偿;一旦无法达到此种证明程度,则意味着受害人只能空手而归。^{〔122〕}瓦格纳教授指出,在这种情况下,“法官必须打开思路,而不是固守全有或全无的传统观念。……妥当的做法是:以可能的原因力为限,确定比例责任,并为此建立一个精确且具有可操作性的基础。”^{〔123〕}

有人可能质疑采用比例责任会削弱对受害人的保护,因而认为还是采用传统的完全赔偿原则为好。其实,这种观点似是而非。如前所述,传统的完全赔偿原则虽然强调侵权法的补偿功能,但是在很多时候恰恰成为充分救济受害人的法律障碍。例如,在受害人遭受非物质损害的场合,难以根据这一原则对其进行妥当的法律救济。即便在受害人遭受财产损害的情况下,其也不可能得到完全的赔偿,其所得到的只是经过可赔偿性损害的筛选和因果关系过滤之后的部分损害的赔偿。而在行为人方面的可归责性较弱、判决其承担完全赔偿责任不妥时,法官可能认为行为人没有过失或者行为与损害之间没有因果关系,从而判决其不承担责任。因此,那种认为只有采纳完全赔偿原则才能充分救济受害人的观点难以成立。

根据比例责任原理之要求,法官需要对过错、违法性、因果关系等责任构成要素的满足度进行评价,在此基础上对责任基础的充分程度进行综合考量和整体评价,以确定行为人所负有的损害赔偿责任的范围。如此,在个案中就可对损害赔偿效果作出弹性化的处理和评价,使其能够获得契合于个案情境的妥当性。同时,责任基础与责任效果在价值层面就可以贯通而不致出现价值评价上的断裂,受害人可获得更为切实、稳固的法律保护,而自由与安全、救济与预防、法的安定性与妥当性等诸项价值和功能亦可得以为妥当协调。

以过错程度为基础,综合多种考量因素弹性地确定损害赔偿范围,抛弃法律效果上全有或全无的极端模式,在人们的价值取向和利益格局日趋多元化的今天,更有其理论上的意义和实践上的价值。^{〔124〕}例如,由考茨欧教授领衔、众多知名侵权法学者共同参与起草的《欧洲侵权法原则》在某种程度上即以比例责任为基础。^{〔125〕}在我国,也有越来越多的民法学者对此表示赞同。例如,王利明教授认为:“过错责任作为一项归责原则,不仅仅适用于责任的确立,而且还适用于责任范围的确立上。也就是说,责任范围的确立,需要考虑行为人的过错因素,过错越重则责任越重;过错越轻则责任越轻。……随着现代侵权责任的发展,在责任范围方面完全不考虑加害人的过错程度,难以适应其

〔121〕 同前注〔24〕,瓦格纳书,第99页。

〔122〕 此时,通过证明责任倒置的方式也没有从根本上解决问题,只不过是将来由受害人负担的不利益转由行为人负担,责任后果仍然处于全有或全无两个极端。而且,对于因果关系之举证进行倒置的情形在立法上本来就不多,大量的仍然是需要由受害人自己举证。

〔123〕 同前注〔24〕,瓦格纳书,第95页。

〔124〕 在方法论上,笔者主张以“个案中之法益衡量”方法和动态体系论为基础,实现损害赔偿效果的弹性化构造,使比例责任原理在实务上更具可操作性。限于主题和篇幅,对此笔者将另行撰文探讨,在此不赘。

〔125〕 同前注〔9〕,欧洲侵权法小组编著书,第95页。

发展。”^{〔126〕}叶金强教授更是依据动态体系论的基本思想对损害赔偿的原则和方法进行了初步的“重构”。^{〔127〕}

事实上,比例责任并非一个新鲜事物,其在比较法上早已确立。例如,在德国,为了应对毒物侵权行为和环境责任法中因果关系的证明难题,根据盖然性程度确定行为人负有比例责任的做法引发了人们的讨论。^{〔128〕}在奥地利,在替代因果关系的案件中,比例责任取代了全有或全无的赔偿方式,^{〔129〕}使责任的认定及承担更具弹性。在日本,理论和实务上也出现了依据因果关系存在的盖然性程度认定赔偿额的见解和判决。^{〔130〕}在英国,突破“全有或全无”的传统做法的比例因果关系学说也得以运用。^{〔131〕}《美国侵权法重述(第三次)》“身体和精神损害之责任”部分第6章第33条^{〔132〕}规定了在造成人身伤害或精神损害的情况下,确定行为人的责任范围应予考量的相关因素,这同样体现了比例责任的思想而突破了完全赔偿原则的拘束。可以说,比例责任在当今两大法系已然落地生根,而这也揭示了完全赔偿原则的式微和现代损害赔偿法发展的新方向。

五、结语

侵权损害完全赔偿原则为了实现侵权法的补偿功能,将责任效果独立于责任基础,完全漠视了行为人方面的自由价值,而全有或全无的择一效果模式也难以确保法律适用的妥当性。因此,各种偏离和突破这一原则的规定和制度也先后在侵权法上得以确立。但是,这种零敲碎打式的修补并不能从根本上解决完全赔偿原则所存在的功能取向过于单一、价值选择有失均衡、法律效果有失妥当等问题,这也决定了其难以妥当应对价值多元化的社会现实和某些特殊类型侵权案件的需求。因此,需要从根本上反思采用完全赔偿原则的合理性。

侵权法是由行为人与受害人组成的双边结构,侵权法的基本任务就是妥当地协调自由与安全这两大价值,使这种双边结构不致过分失衡。就此而言,比例责任更值赞同。根据比例责任原理之要求,行为人的责任范围取决于法官对于过错、违法性、因果关系等责任构成相关要素的综合考量和整体评价,以实现法律适用精准化、法律效果妥当性等价值的追求。

(责任编辑:洪 玉)

〔126〕 王利明、周友军、高圣平:《侵权责任法疑难问题研究》,中国法制出版社2012年版,第143~144页。

〔127〕 参见叶金强:《论过错程度对侵权构成及效果之影响》,《法商研究》2009年第3期;叶金强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012年第1期。需要指出的是,这两篇论文的发表在一定程度上推动我国侵权法学者的研究重心逐渐从责任构成论转向责任承担论,并引发了关于完全赔偿原则之存废的讨论。

〔128〕 同前注〔18〕,Gert Brüggemeier书,第556页。

〔129〕 同前注〔10〕,库齐奥书,第302页。

〔130〕 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,第201页。

〔131〕 参见陈聪富:《因果关系与损害赔偿》,北京大学出版社2006年版,第196~197页。

〔132〕 该条规定:“(a)故意造成伤害的行为人应当对伤害承担责任,即使这种伤害不太可能发生。(b)与仅具有过失的行为人相比,故意或者重大过失造成伤害的行为人要更大范围内的伤害承担责任。一般而言,行为人的伦理可责难性,实施侵权行为的原因及意图,侵权行为威胁和意图伤害的严重性,以及行为人的行为偏离适当注意的程度等,都是决定责任范围的重要因素。(c)尽管(a)和(b)有所规定,但是故意或者重大过失导致伤害的行为人并不对非由其故意或重大过失所增加之风险引发的伤害承担责任。”本条由笔者根据英文版本自译。